مادة " فقه القضاء "

الجزء الأول

حقيقة القضاء، وولايته، وشروط القاضي

القضـــاء، المراد به، والفرق بينه وبين الإفتاء والحسـبة، وأنواع القضـــاء، والفرق بينهما.

القضاء في اللغة: يحمل على وجوه كثير منه:

1. الوجوب والوقوع مثل قوله تعالى: (قضي الأمر الذي فيه تستفتيان)

2. الإتمام والإكمال، مثل قوله تعالى: (فلما قضـــى موســـى الأجل) وقوله تعالى (إيما الأجلين قضيت)

3. العهد والإيصاء مثل قوله تعالى (إذ قضينا إلى موسى الأمر).

4.الأمر، مثل قوله تعالى (وقضـــى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا)

5. والتقدير (فقضاهن سبع سماوات)

6. العمل، مثل قوله تعالى (فاقض ما أنت قاض)

7- الأداء، يقال: قضى الدائن دينه، أي أدى دينه.

تعريف القضـاء في الاصـطلاح الشـرعي: عرف القضـاء في الاصـطلاح الشـــرعي بعدة تعريفات منها: " القضـــاء في الاصـــطلاح هو الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية مخصوصة.

والمقصـــود بالكيفية المخصـــوصـــة: كيفية رفع الدعوى إلى القاضـــي، والأساليب والضوابط التي يلتزم بها القاضي والخصوم في إجراء التقاضي والترافع أمام القاضـــي، ووســـائل الإثبات للحق المدعي به، ووســـائل دفع الدعوى، والتي على أســاس هذه الوســائل للإثبات والدفع للدعوى يصــدر القاضي حكمه الحاكم للنزاع وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

الفرق بين القضاء والفتوى والحسبة:

التعريف بالفتوى والفرق بينها وبين الحكم القضائي:

الفتوى والإفتاء، بمعنى واحد وهو الإخبار بحكم الشرع لا على وجه الإلزام.

فالمفتي ليس له حق إلزام المستفتي بالحكم الشرعي الذي أخبره به، أما القاضي فإن سلطته تخول له الإلزام. فالفارق الأول والأساسي بين الفتوى والحكم هو عنصر الإلزام، فإنه وإن كان كل منهما يعتمد الأدلة الشرعية لاستنباط الحكم الشرعي المسؤول عنه، فإن المفتي مخبر عن الحكم للمستفتي، والقاضي ملزم بالحكم، وله حق الحبس والتعزير عند عدم الامتثال، كما أن له إقامة الحدود والقصاص.

ومن الخصائص التي تميز الفتوى عن الحكم، هو المجال الذي يعمل فيه كل منهما فبينهما نجد مجال الفتوى واسعا يشمل أبواب العبادة والمعاملات معا. فإننا نجد أن الحكم القضاء لا يجوز أن يكون في أبواب العبادات فلا يدخل تحت القضاء الحكم بصحة الصلاة أو بطلانها ...

ــ وكذلك من الخصائص التي تميز بين الفتوى والحكم أن الحاكم في حكمه يتبع حجج الخصوم كالبينة والإقرار ونحوهما، ومن هنا كان له أن يحكم بأحد القولين المتساويين بغير ترجيح، ولا معرفة بأدلة القولين، أما المفتي، فهو في فتواه يتبع الأدلة، ويعتمد عليها في إصدار فتواه، ومن هنا فهو على خلاف الحاكم من حيث كون المفتي ملزما باتباع الراجح من الأدلة.

. ومن الخصائص ما يتمثل فيما يعتري كلا منهما من الأحكام التكليفية الخمسة (الوجوب، والحرمة والإباحة والندب والكراهة) حيث يتصور أن يصدر الحكم متضمنا وجوب أمر، أو تحريمه، أو إباحته، ولا يتصور أن يصدر الحكم متضمنا معنى الندب والكراهة.

الفرق بين القضاء والحسبة:

الحسبة هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، مثل الأمر بالحجاب وصلاة الجماعة إذا ظهر تركها، والنهي عن الفسوق والفجور والتبرج، فالحسبة هي ولاية من الولايات تختص بالإنكار

على المنكرات الظاهرة، ويكون عملها الأسـواق والشـوارع، فهي تختلف عن القضاء.

وتختلف الحسبة عن القضاء في عدة أمور:

1. القضـــاء يختص بالمنكرات وغير المنكرات، أما الحســـبة فقط في المنكرات الظاهرة.

2. القضـاء يشترط فيه وجود طرفان، أما الحسبة لا يشترط فيها أن تكون بين طرفين ولا أن تكون في خصومة.

3. مقام القضـــاء هو مقام هيبة أما مقام الحســـبة هو مقام الرهبة والردع الفوري.

أهمية القضاء، وحكمه وحكم توليه، وحكم طلبه.

أهمية القضاء:

تظهر أهمية القضـــاء باعتباره أحد مقومات المجتمع، وركن من أركان الدولة وهو من الدعائم التي يســتتب بها الأمن ويحصـــل به حماية الأنفس والأموال والأعراض وجميع مقومات الحياة.

فالقضـاء في الإسلام هو رمز سيادة الأمة وعنوانها لاستقرارها، وقد خلق الله الخلق وهم مختلفون في رغبـاتهم ونزعـاتهم فهنـاك القوي وهنـاك الضـعيف، وهناك الظالم والمظلوم فوضـع نظام القضـــاء لإخذ الحق من القوي إلى الضعيف ورد الظالم عن ظلمه .. ولذلك شرع الله القضاء وأمر به رســـله وأنبيائه، قال تعالى (يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق). وقد فطن الخلفاء الراشــدون لأهمية القضـاء وفي ذلك يقول أبوبكر رضـي الله عنه " الضـعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ الحق له من ظالمه "

الغرض من القضاء:

الأخذ على أيدي أهل الفســـاد، وإعطاء كل ذي حق حقه ليســـتتب الأمن، وتصان مصالح المجتمع، ويتفرغ الناس لما يصلحهم دينا ودنيا.

أدلة مشروعية القضاء:

القضاء مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

أولا: من الكتاب:

1. (إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما) فطلب الله تعالى من الرسول صلى الله عليه وسلم القضاء بين الناس والحكم بينهم في الخصومات.

2. (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) أي تقضي بينهم فيما وقع بينهم من النزاع والخصومات

(وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث) (يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق) (وأن احكم بينهم بما أنزل الله). فطلب الله تعالى من أنبيائه ورسله طلبا جازما وهذا يدل على مشروعية القضاء ووجوبه.

ثانيا: من السنة النبوية:

1.قال صلى الله عليه وسلم: (لا حسد إلا في اثنتين رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق ورجل أتاه الله الحكمة فهو يقضي بها بين الناس) والحكمة هنا معناها القضاء في الخصومات والمنازعات.

2. وقال صلى الله عليه وسلم (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد وأخطأ فله أجر) 3ـ وقوله (إن الله مع القاضي ما لم يجر عمدا) أي: يحف عمدا. بالإضافة إلى فعله صلى الله عليه وسلم فقد نصب قضاة وولاة كعلي بن أبي طالب رضي الله عنه، ومعاذ بن جبل فدل على مشروعية القضاء

ثالثا: الإجماع:

كما نصب الخلفاء الراشدون القضاة فقد نصب عمر بن الخطاب شريح القاضي وأبا موسى الأشعري رضي الله عنهم فكان إجماعا على مشروعية القضاء وسارت الدولة الإسلامية على هذا المنهج ووضعت التنظيمات القضائية والوسائل التي تكفل للفرد والمجتمع حقوقه.

أولاً: حكم القضاء التكليفي بالنسبة للإمام:

القضـاء بالنسـبة للإمام فرض عين، لأن القضـاء أحد الوظائف التي تندرج تحت مسميات الإمامة العظمى، ولأنه أصل جامع لمسمى الخلافة.

فيجب على الإمام أن يعين القضـاة في كل إقليم حسـب حاجة كل إقليم، لأن الإمام القائم هو المسـئول عن الرعية فوجب عليه أن يتحرى مصـالحها، وتعيين القضـاة فيه أكثر من مصـلحة للأمة وهو من وظائف الإمام في الدولة الإسلامية.

ثانياً: حكم القضاء بالنسبة للأمة

هل الأمة الإسلامية مطالبة بأن يكونوا كلهم قضاة أم يكتفي ببعضهم؟

القضاء بالنسبة للأمة فرض كفاية، لأن الظلم من طباع البشر، والمنازعات قائمة بينهم، فلابد لهم من حاكم ينصفهم وحكم يرد إليهم حقوقهم.

وإن لم يقوموا به عند ذلك يأثمون، لأن الله تعالى قد طلبه من الأنبياء طلباً جازماً، وأوجب تنصـيب القضـاة، قال تعالى:" يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق". وقال تعالى مخاطباً نبيه صـلى الله عليه وسلم:" وأن أحكم بينهم بما أنزل الله"

ثالثاً: حكم القضاء التكليفي بالنسبة للأفراد

الحكم التكليفي للقضاء بالنسبة للأفراد تعتريه الأحكام الخمسة وهي:

1. أن يكون القضـاء فرض عين إذا وقع اختيار الحاكم على شخص معين، ولا يوجد من يصلح للقضاء غيره.

وفي تلك الحالة يتعين عليه القبول لأنه واجب في حقه، ويكون القضـاء فرض عين فإن امتنع أثم إثم ترك فرض العين.

2. أن يكون القضـاء مندوباً بالنسـبة للفرد: إذا وجد شـخص آخر يصـلح للقضـاء، ولكنه أصلح من غيره وأقوم له، ويحق لهذا الشخص المتوفر فيه الشـروط أن يلبي هذا المندوب، كما طلب سـيدنا يوسـف عليه السـلام من

الريان ابن الوليد حاكم مصـــــر أن يجعله خازننا على الأرض انطلاقاً من قوله تعالى: (اجعلني على خزائن الأرض إني حفيظ عليم).

أن يكون القضــاء محرماً للفرد: قال الفقهاء: يحرم طلب القضــاء والسـعي إليه والحرص عليه لقوله صـلى الله عليه وسلم: (إنا لا نولي هذا العمل من طلبه وحرص عليه).

لكن إذا توفرت الشـروط في شـخص، وهذا الشـخص علم أن ميزان العدل عنده سيحيف فعند ذلك يحرم عليه القضـاء، قال صـلى الله عليه وسلم (من طلب فضـاء المسلمين حتى يناله ثم غلب عدله جوره فله الجنة، ومن طلب القضـاء فغلب جوره عدله فله النار) وقال صلى الله عليه وسلم: (إن الله مع القاضي ما لم يحف عمداً).

أن يكون القضــــاء مكروهاً: عندما يتولى القضــــاء شـــخص غير صــــالح للقضاء، أو يكون صالحاً للقضاء، ولكن يوجد من هو أصلح منه.

5. أن يكون القضــاء مباحاً للفرد: بأن يكون الإنســان مســتوفياً لشــروطه، ومســتوياً في شـــروطه مع آخر، فإنه في هذه الحالة يحير بين قبوله وبين رفضه، فإما أن يقبله، وإما أن يرفضه.

هذه هي الأحكام الخمسـة التي تعتري ولاية القضـاء بالنسبة للفرد ويتضـح منها أن ولاية القضـاء مسئولية عظيمة ومهمة خطيرة لا يقدم عليها إلا من استوفى شرائطها.

مسؤولية الإمام في تولية القضاة، واختيارهم

هل يكون الإمام قاضياً؟

لما كانت الإمامة تندرج تحتها ولايات كثيرة منها ولاية القضـــاء فإنه يجب على الإمام أن يباشر القضاء بنفسه ويحكم بين الناس.

ولكن إذا تعذر على الإمام ذلك فإنه يقوم بتنصيب القضاء والولاة.

وقد أمر الله عز وجل داود عليه السلام بالحكم بين الناس عندما قال تعالى:" يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق"، فهذا الأمر يتناول أن يكون القضاء بنفسه دون واسطة، وأن يكون بالنيابة عنه.

وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم تولى القضاء بنفسه ولما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية أناب بعض أصحابه ليكونوا قضاة.

تعيين القضاة

إذا توافر في شخص ما شروط القضاء فهل الشخص يعتبر قاضياً من تلقاء نفسه، أم أن هناك طريقة لتعيينه؟

الأصل في تعيين القضاة: أن يكون من قبل الإمام، أو من يقوم مقامه.

والسر في تركيز تعيين القضاة بالنسبة للإمام: أن الأمة فوضت الإمام في أمورها الدينية والدنيوية، ويندرج تحت هذا التفويض؛ تفويضه في تعيين القضاة.

ومهما كانت مرتبة الشخص فإنه لا يجوز أن يتولى القضاة بنفسه فالقضاء عقد والذي يتولى العقد هو العاقد – والعاقد هو الإمام – لهذا أسند أمر تعيين القضاة في الدولة الإسلامية إلى الإمام أو من ينيبه.

قال ابن فرحون – في تبصرة الحكام -: تنعقد ولاية القضاء بأحد أمرين:

أولهما: عقد أمير المؤمنين أو أحد نوابه الذين لهم الحق.

وثانيهما: عقد ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل توافرت فيه شروط القضاء" ولا يكون هذا الأمر إلا في حالة الضرورة لوفاة الإمام لكي لا تتعطل مصالح الناس "وقد أبان ذلك الإمام الماوردي رحمه الله في أدب القاضي.

يقول ابن عابدين:" يجوز تقليد القضاة من السلطان العادل والجائر".

لهذا يستحيل أن تنعقد ولاية القضاء من نفس القاضي ولنفسه.

وعلى هذا فإن الفقهاء قالوا: إذا كان القضاة يعينون من قبل الإمام في الدولة الإسلامية، فإن هناك أحوال تنعقد ولاية القاضي فيها لعدم وجود إمام، فهل تتعطل مصالح المسلمين وينعزل القضاة.

لا: لأن القضاة لا ينعزلون بموت الإمام، ولا لأحد عليهم سلطان إلا سلطان الشريعة.

يقول الماوردي: " ولو اتفق أهل بلد قد خلا من قاض، على أن يولوا عليهم قاضـــياً، فإن كان إمام الوقت موجوداً بطل التقليد، وإن كان مفقوداً صـــح التقليد، ونفذت أحكامه، فإن تجدد بعد ذلك متجدد ففي الأمر نظر".

وينبغي على الإمام أن يتحرى ويدقق النظر في تعيين القضـــاة فهي أمانة، وإذا ولى من ليس بكفء فقد خان الله ورسوله، لأن في ذلك مضرة للأمة.

وفي هذا يقول النبي صلى الله عليه وسلم:" من تولى من أمر المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلاً وهو يعلم أن فيهم من هو أولى منه بذلك وأعلم بكتاب الله عز وجل وبسـنة رسـوله صـلى الله عليه وسـلم فقد خان الله ورسـوله وجماعة المسلمين".

وينبغي على الإمام أن لا يولي إلا من يستطيع القيام بحق القضاء، ولا يحق له أن لا يقدر حكمه، وقد امتنع رسـول الله صـلى الله عليه وسـلم عن تولية أبي ذر القضـاء، وقال له مبيناً السبب:" إني أحب لك ما أحب لنفسي ولكني أراك أمرؤ ضعيفاً وإنها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة".

وعلى هذا النهج وذلك الضـــرب من توجيهات الرســول ســار خلفاؤه من بعده، فلا يولون القضاء لشخص إلا بعد التحري عنه والنظر في حاله.

حول استقلال القضاء والقضاة في المملكة العربي السعودية:

أكدت المادة السادسة والأربعون من النظام الأساسي للحكم هذا الاستقلال لمرفق القضـاء حيث نصـت على أن: (القضـاء سـلطة مستقلة، ولا سـلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية)

وقد جرم المنظم السـعودي التدخل الشـخصـي في شـؤون القضــاء من قبل أعضـــاء مجلس الوزراء والموظفين المعينين بمرتبة وزير، ورتب عقوبة السجن على هذا الفعل المشين

ولقد رغب المنظم في المملكة العربية الســعودية على تأكيد تمســكه بمبدأ استقلال القضاء، حيث جاء في نظام القضاء الصادر عام 1428هـ ما يؤكد هذا الاستقلال لمرفق القضـاء، وذلك عندما عقد فيه باب لاستقلال القضـاء وضماناته، وقد نص في مادته الأولى على أن (القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضـــائهم لغير أحكام الشـــريعة والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل قي القضاء)

ألفاظ التولية

تنعقد ولاية القضاء باللفظ إذا كان حاضراً، وبالمكاتبة إذا كان غائباً.

وهناك صيغ للتعيين في حالة أن يكون المعين ماثلاُ أمام الخليفة:

فيقول له: لقد وقع اختياري عليك، أو لقد قلدتك القضـــاء أو قد أمرتك على القضـــاء، أو عينتك، أو وليتك، أو أي لفظ يدل على رغبة الإمام في توليته القضاء. هذا إذا كان حاضراً بلاط السلطان.

أما إذا كان غائباً:

فلا يجوز أن يخاطب الغائب إلا أن يكتب له كتاباً يســـمى" كتاب التعيين "ولا يجوز الاقتصار على المكاتبة في حالة الحضور.

أنواع ولاية القضاء:

تنقسم ولاية القضاء إلى قسمين:

1. الولاية العامة: وهي إذا كان الإذن عاماً، وليتك القضاء.

2. الولاية الخاصة: وهي إذا كان الإذن خاصاً، وليتك في قضية كذا.

فولاية القاضـــي قد تعم وقد تخص باعتبار الأحكام والخصـــومات، وهي كذلك قد تعم وقد تخص باعتبار المكان، تعم بحيث تشـــمل ولاية القاضـــي جميع البلاد، وتخص بحيث لا ترقى إلى هذا الشـــمول وتوضـــيح ذلك كما يلي:

أولاً: الولاية العامة

والمقصود بها: أن يقلد الإمام القاضي النظر في جميع الأحكام، وبين جميع الخصوم، في كل زمان ومكان.

فإذا قال الإمام" وليتك القضــاء بين الناس "فإن الولاية بناءاً على ذلك تكون عامة

يقول الإمام الماوردي:" إن هناك اختصاصات يختص بها القاضي، يمكن أن تجمل في اختصاصات الولاية العامة فيما يلي:

1.الفصل في المنازعات: وقطع التشاجرات والخصومات، إما صلحاً عن تراض، أو إجباراً بالحكم القضائي الإلزامي، (والصلح خير)

2. استيفاء الحقوق من الممتنع عن أدلتها، وإيصال تلك الحقوق إلى مستحقيها، بعد ثبوت الحقوق إما بالإقرار، أو بالشهود، أو بالبينة.

3. ثبوت الولاية على كل من كان ممنوع التصرف، إما أن يكون صغيراً فيكبر، وإما أن يكون بحجر بأن يكون سفيهاً، أو يكون مفلساً عليه ديون ولديه أعيان، فيحجر القاضي على الأعيان، فيبيعها ويدفع ثمنها إلى أصحاب الديون، فإذا لم يمتثل القاضي لهذه الاختصاصات، فإن الإمام له الحق في عزله.

4. النظر في الاوقاف، بحفظ أصولها، وتقسيم ريعها، وفي مصلحتها، وقبض غلتها، وذلك بتعيين الناظر الامين فيصرف الأموال على مستحقيها.

5. تنفيذ الوصايا على شروط الموصى فيما أباحه الشرع، أما ما حرّمه الشرع فإنه لا يجوز له تنفيذها

ثانياً: الولاية الخاصة

هي الولاية التي يحدد القاضي فيها اختصاصه، كأن يقول له: أنت قاض في البلد المعين، أو في هذه القضية، أو في مدة معينة.

مثال: كأن يقول له: وليتك القضاء في بلد كذا، أو وليتك القضاء في الأنكحة، أو المعاملات، أو الجنايات، أو الأوقاف، فإن تعدى هذه الاختصاصات فإن حكمه باطل أو قوله وليتك القضاء ولمدة شهراً.

فال الفقهاء: ويقتصر نظر القاضي فيما حدد له، بناءاً على الإذن الصادر له، ولا يجوز له أن يقضي فيما لم يحدد له، وإذا قضي في غير ما حدد له وخصص له يكون حكمه باطلاً.

وقد قسم الفقهاء الولاية الخاصة إلى أنواع خمسة:

1. منها ما يكون الاختصاص نوعياً.

2. ومنها ما يكون الاختصاص مكانياً.

3. ومنها ما يكون الاختصاص زمانياً.

4. ومنها ما يكون الاختصاص كمياً.

5. ومنها ما يكون الاختصاص شخصياً.

1- الاختصاص النوعي

وهو الذي يكون الإذن فيه خاصـــــاً بالنظر في نوع من أنواع معينة من القضـــايا، كالأحوال الشـــخصـــية والجنايات، وقد عبر عنه الفقهاء بعبارة وجيزة شاملة فقالوا:" أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل".

وهذا النوع يرجع إلى تقليد الإمام نوعاً معيناً في القضـــايا، كما يجوز له أن يقلده نوعاً من الاختصاصات في المنازعات.

فقد قال عمر بن الخطاب للســـــائب بن يزيد رد عني الناس في الدرهم والدرهمين، وقد اتفق الفقهاء على إباحة هذا النوع إذا حدده الســـلطان. ويلزم على القضـــــاة أن يلتزموا بأمر الســـلطان أو ولي الأمر في الدولة الإسلامية.

2.الاختصاص المكاني

وهو أن ينظر القاضـــــي ويختص بالنظر في ناحية من النواحي المعينة أو قضـــاء على حي من الأحياء أو على بلد من البلدان، وفي تلك الحالة لا ينفذ حكمه إلا فيما خصص له.

وفي هذا يقول ابن قدامة في المغني:" ويجوز أن يولى قاضـــياً عموم النظر في خصـــــوص العمل، فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلدة معينة فينفذ حكمه فيمن سكن ذلك البلد، ومن أتى عليه من غير مكانه"

فولاية القاضـــــي تكون مقصـــــورة على جزء معين من البلاد فإن تجاوزه يكون قضاؤه باطلاً.

الاختصاص الزماني

أن يكون القاضـي مأذوناً له في النظر في القضـايا بين الناس في يوم معين، أو أيام معينة، فإذا حدد له الزمن، فلا يجوز للقاضي أن يتعداه.

قال الماوردي في أدب القاضـــي:" فلو لم يعيّن الخصــوم، وجعل له النظر مقصــوراً على الإمام كأن يقول له: قلدتك النظر في الخصــومة بين الناس يوم السبت فإنه طبقاً لهذه الاختصاصات الزمانية، جاز له نظر القضايا بين جميع الخصــوم رجالاً ونســاءاً، وتزول ولايته بغروب ذلك اليوم، ولو قال له: قلدتك النظر في كل يوم سبت، جاز أيضــاً، فإن هذا الاختصــاص يبقى ثابتاً ولا يزول، ويجوز في كل ســـبت، ما لم يأت طارئ بإقالته، أو أمر بتغيير أيامه"، وبناء على ذلك لو حكم في زمن غير الزمن المحدد له يكون القضاء باطلاً.

الاختصاص الكمي

والمقصــود به هو أن يكون القاضـــي مأذوناً له في الفصــل في مقدار معين من المال لا يزيد عليه وهو جائز شــرعاً كأن يقول له: وليتك القضـــاء فيما زاد عن مــائتي درهم. وقـد حـدثـت حوادث تـدل على هـذا النوع من الاختصاص.

لقد روي الماوردي في كتابه أدب القاضـي حادثة من هذا النوع: أن أبا عبد الله الزبيري قـال: لم يزل الأمراء عنـدنـا بـالبصـــرة برهـة من الـدهر، يستقضـون على المسجد الجامع قاضـياً، يسمونه قاضـي المسجد يحكم في مائتي درهم، وعشــرون ديناراً فما دونها، ويفرض النفقات، ولا يتعدى بها موضعه، ولا ما قدّر له.

الاختصاص الشخصي

يجوز أن يجعل ولاية القاضـــي قاصــرة على بعض الأشــخاص دون بعض كالنساء دون الرجال، أو العكس، وذلك كتخصص قاضي للأحداث وقاضي لأهل الذمة أو رجالهم دون نسائهم.

رزق القاضي وعزله

يراد برزق القاضي: ما يتقاضاه من مرتب شهري من بيت المال لقاء عمله في وظيفة القضــاء، والصـحيح أنه من المشـروع أن يجعل للقاضـــي راتب من بيت مال المسلمين؛ لأنه موظف من موظفي الدولة، كما أن عمله لسـد حاجة غيره.

والأصل في هذا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بأنه لما عيّن عتاب بن أسـيد على مكة رتّب له راتباً كل يوم بدرهمين (الشـهر 60 درهم).

كما أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب كان قد رتب للقاضـي شـريح مائة درهم شهرياً ورتب على لشريح خمسمائة درهم شهرياً.

كما أن القاضـي إذا لم تسـد حاجته وتؤمّن مؤنته، فإن ذلك يكون مدعاة لخيانة الأمانة وفعل المحظور.

وراتب عتاب بن أسيد هو أول راتب في الإسلام.

عزل القاضي

إذا عين الخليفة قاضـيا فإنه يملك عزله متى شـاء حتى مع صـلاح حاله وكفاءته لوظيفة القضـاء على الراجح لما ثبت أن النبي ـــ صلى الله عليه وسلم ـ بعث عليا ـ رضي الله عنه ـ إلى اليمن قاضيا ثم صرفه عن ولاية القضـاء حين حجة الوداع ولم يرجع إلى اليمن بعدها. وهذا دليل حق الإمام في عزل القاضي.

. أن القاضـي يعتبر نـائب الإمام أو الخليفة الذي ولاه وظيفة القضـاء، فمركزه الشـرعي مركز النائب والوكيل، والموكل يملك عزل وكيله فكذا الخليفة يملك عزل القاضي الذي ولاه ولاية القضاء لأنه نائبه ووكيله.

- أن الخلفاء الراشـدين عزلوا قضـاتهم، فقد عزل عمر بن الخطاب قاضـيه على البصـرة وعين مكانه كعب بن سـوار، وولى علي بن أبي طالب - رضـي الله عنه أبا الأسـود الدؤلي ثم عزله، ثم إن الخلفاء الراشـدين كانوا يعهدون بولاية القضـاء إلى بعض أمراء الأمصـار ثم يعزلونهم، فعزل القاضي الذي لا يملك إلا ولاية القضاء أولى بالجواز، وأيضا عزل القاضي لا ضـرر فيه على الناس لأن الخليفة عادة لا يعزل قاضـيا إلا ويولي آخر مكانه.

تغير حال القاضي وأثره في عزل القاضي وانعزاله

إذا تغير حال القاضـي بفسـق أو زوال عقل أو مرض يمنعه من مباشـرة عمل القضـاء أو ثبوت تعمده الجور أو ثبوت تعمده مخالفة أحكام الشـرع،

أو ثبوت ارتشـــائه، أو ظهور عدم كفاءته بكثرة أخطائه، فإنه في هذه الأحوال يستحق العزل ويتعين على الإمام عزله.

ولكن هل ينعزل القاضـي بنفس الفسـق ونحوه من موجبات عزله إذا تحقق واحد منها في القاضي أم لا ينعزل حتى يعزله الخليفة؟

قال الفقيه المازري المالكي: الراجح عدم العزل حتى يعزله الإمام، وقال غيره من فقهاء المالكية ينعزل بنفسه بالفسق ونحوه من موجبات العزل ولا يشترط لانعزاله عزل الخليفة له.

- إذا كان تقليد القضـاء لشخص تقليدا خاصـا ليقضـي في خصـومة معينة وبين أطراف هذه الخصومة، فإنه ينعزل بحسم هذه الخصومة وانتهائها.

وحيث سبق أن تكلمنا عن استقلال القضـاء في المملكة العربية السعودية فهنا نقول أنه كضمانه لهذا الاستقلال حرص المنظم على استقرار القضـاة وظيفيا ، فمنع عزلهم إلا وفق النظام ومنع نقلهم إلى وظيفة أخرى بدون رضـاهم ،كما منع مخاصـمتهم بسـبب أعمال وظيفتهم إلا وفق الشـروط والقواعد الخاصة بتأديبهم ، وفي سبيل تدعيم استقلال القضـاء في المملكة العربي السـعودية أناط المنظم كل ما يتعلق بشـؤون القضـاة الإدارية والتنظيمية والرقابية إلى أعلى سـلطة قضـائية في المحاكم الشـرعية ، المجلس الأعلى للقضـاء ونقل إدارة التفتيش القضـائي من وزارة العدل إلى هذا المجلس القضائي .

مادة فقه القضاء

الجزء الثاني

شروط القاضي:

أولاً: الشروط المتفق عليها

1. الإسلام:

وهو شـــرط متفق عليه بين الفقهاء، فلا يجوز أن يتولى القضـــاء على المســـلمين غير المســـلم لأن الله تعالى قال: (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) أي حجة أو غلبة.

والقضـاء ولاية، ولا ولاية للكافر على مسـلم، كما أنه في الولاية علو، فلا يمكن أن يعلو الكافر على المسـلم، والإسـلام يقضـي بإذلال الكافر ويمنع علوه،

ولكن لو ولي الحاكم كافراً القضاء ما الحكم؟

يكون هذا القاضـي قاضـي ضـرورة، يثبت حكمه، وتسـقط ولايته، كما قال الشيخ عليش من المالكية.

أما حكم تقليد غير المسلم القضاء على الكافرين؟

فقد حدث خلاف بين الفقهاء في هذه القضية على النحو الآتي:

أقوال الجمهور:

1. قالوا لا يصـح أن يتولى القضـاء الكافر، لأن القضـاء فصـل للأحكام والكافر يجهل هذه الأحكام، ولأن الإسـلام يعلو ولا يعلى عليه كما قال صلى الله عليه وسلم.

2. بينما ذهب الأحناف إلى أنه يجوز أن يكون القاضـي من الكفار فيما بينهم، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: (يا أيها الذين أمنوا لا تتخذوا اليهود والنصـارى أولياء بعضـهم أولياء بعض) ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة جعلت للكفار ولاية بعضـهم على بعض، ومن هذه الولاية: القضـاء، فيصـح تولية الكفار القضاء على الكافرين.

ورد عليهم الجمهور: بأن الآية محمولة على الموالاة لا الولاية.

2. استدل الأحناف أيضاً على جواز القضاء للكافر: بأنه روى أن عمرو بن العاص نصب على الأقطاب قاضياً منهم، وقد بلغ الخبر إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأقره على ذلك.

3. واستدل الأحناف أيضاً بأن العرف في البلاد الإسلامية منذ فجر التاريخ يقتضي تعيين قضاة من أهل الذمة.

وقد رد الإمام الماوردي على الدليل الثاني فقال:" وأما فعل عمرو ابن العاص لم يكن تقليد حكم وقضاء، بل رئاسة وسياسة، بدليل أنه لا يلزمهم حكمه بإلزامه، ولكن بإلزامهم إذا التزموا، كما أنهم لا يلتزمون بالتحاكم إليه"

الرد على الدليل الثالث: إن الأخذ بالعرف من أصول الشريعة الإسلامية، قال تعالى (خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين) فالعرف يعتبر دليل يستند إليه في كثير من مسائل الشريعة الإسلامية.

ولكن العرف إذا اصطدم بنص فإنه لا يؤخذ به، بل يقدم النص عليه، وقد اصطدم العرف بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم، وبفعل صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى رأسهم خليفة المسلمين أبوبكر الصديق رضي الله عنه فدلّ ذلك على الأخذ بما جاء عن الله وعن رسوله صلى الله عليه وسلم وعن الخلفاء الراشدين المهديين رضي الله عنهم.

2- البلوغ:

وهو من الشروط المتفق عليها في القضاء فلا يصح للصبي أن يتولى القضاء.

- لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من (أنه تعوذ من رأس السبعين ومن إمارة الصبيان) ووجه الدلالة: أن الاستعادة لا تكون إلا من شر، فبين الحديث الشريف أن ولاية الصبيان شر للأمة الإسلامية.

- كما أن الصبي ليس مخاطباً بالتكاليف الشرعية، فلا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى لا ولاية على غيره.

- كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يؤثر عنه أن ولى صبياً غير بالغ على أي ولاية من ولايات المسلمين في البلدان الإسلامية المختلفة.

والذين أجازوا أن يكون القاضي دون سن البلوغ استدلوا: بأن يحيى بن زكريا تولى القضاء دون سن البلوغ مستدلين على ذلك بقوله تعالى: (وأتيناه الحكم صبياً) وفسروا الحكم بأنه القضاء.

ويرد هذا الادعاء على ذلك بأن هذا حكم خاص به عليه الصلاة والسلام، ولا يجوز تعميمه في كل الحالات. وهذه من خصوصيات النبي يحي عليه السلام، كما أن لرسول الله صلى الله عليه وسلم خصوصية دون غيره، ومن المعلوم عند علماء الأصول أن الثابت خصوصية لا يصح القياس عليه.

3- العقل:

فلا يصح تولي القضاء من قبل المجنون، أو المعتوه، أو السفيه، أو ناقص الأهلية.

واشترط الإسلام العقل لأن العقل مناط التكليف، والقاضي مكلف ببيان وجه الحق، وأشترط الفقهاء في العقود أن يكون العاقد من ذوي العقل والأهلية، ويدخل في جانب العقل (الذكاء والفطنة والفراسة) , فيجب على ولي الأمر في الدولة أن يتحرى في القضاء الرجل العاقل المتميز ذا الفطنة والذكاء والفراسة وحسن الفصل في الامور وتدبيرها.

كما أن القضاء ولاية والمجنون ليس له ولاية على نفسه فكيف يكون له ولاية على غيره، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (رفع القلم عن ثلاث، وذكر منهم: والمجنون حتى يفيق).

4- الحرية:

وهي الانطلاق وعدم القيد، والحرية ليست مطلقة في الإسلام، بل مقيدة بما شرعه الله وبما بينه رسول الله، وعلى هذا لا يجوز أن يتولى القضاء من كان فيه شائبة رق، سواءاً أكان عبداً، أو مبعضاً أو مدبراً أو مكاتباً يسعى لفك عتقه.

ويقصد بالحرية ألا يكون القاضي عبداً وهو عند الفقهاء المسمى (القن) فلا يجوز له تولي القضاء، لأن القضاء ولاية، ولا يجوز لعبد تولي ولاية المسلمين.

أما بالنســبة للولايات التي هي أدنى من القضـــاء كجباية الصــدقات، فإنه يجوز للخليفة أن يعين عبداً على جبايتها.

والقضـــاء لا يصــح توليه للعبد لأن العبد المملوك لا يســتطيع أن يحســن التصرف، قال تعالى: (وضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء)

ويشـــمل هذا الشــــرط كل شــــخص يكون مقيداً غير قادر على التحكم والتصـــرف في نفســـه مثل: المســجون، والمخطوف، والخائف من خطر يهدده ولحق به كل من يكون على وضع يشبه التقيد.

ثانياً: الشروط المختلف فيها

1- الذكورية

أي أن يكون القاضي ذكراً فحدث خلاف في تولي المرأة القضاء على ثلاثة أقوال:

<u>القول الأول:</u> المنع من تولي المرأة للقضـــاء وتحريم ذلك عليها، فإن تولت القضـــاء فهي آثمة، ومن ولى المرأة القضـــاء آثم -أيضـــاً-. وهو مذهب جماهير الفقهاء من أصــحاب المذاهب، فهو قول المالكية إلا القاســم، وهو قول الشافعية والحنابلة.

<u>القول الثاني:</u> جواز تقليد المرأة منصب القضاء في كل شيء إلا في الحدود والقصــاص، وهذا هو مذهب الحنفية، ونســب لابن القاسم من المالكية. إلا أن بعض الفقهاء الحنفية نصوا على تأثيم المولي للمرأة القضاء، مع صحة قضائها، ونفاذ الحكم المقضي به لو قضت.

<u>القول الثالث:</u> جواز قضاء المرأة على الإطلاق في كل شيء.

وهذا القول منسوب إلى الإمام الطبري، والحسن البصري، كما أنه منسوب إلى محمد بن الحســن من الحنفية، وابن القاســم من المالكية، وهو قول ابن حزم من الظاهرية.

القول الأول وهو قول الجمهور، وهو (أنه لا يصح أن تتولى المرأة القضاء وإذا وليت القضـاء يكون موليها أثماً، وقضـاؤه لا ينفذ)، مستدلين على ذلك بما يلي:

بقوله تعالى (أ) (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض) فالآية تفيد أن القوامة للرجل، وإذا حدث أن تولت المرأة القضاء كانت القوامة لها وهذا مخالف للآية.

(ب) قوله تعالى: (رب إني وضعتها أنثى والله أعلم بما وضعت وليس الذكر كالأنثى) فخصائص الرجل ليست كخصائص المرأة فالرجل يتحمل ما لا تستطيع أن تتحمله المرأة.

2. قوله صلى الله عليه وسلم عن قوم فارس حين علم أنهم ولّوا عليهم امرأة: (خابوا وخسروا لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة). وهو خبر وإعلاماً من الصادق المصدوق أخبرنا فيه بخسران وعدم فلاح من تولى عليهم أمرأه.

3. أجمع الفقهاء على عدم تولية المرأة القضاء، فما أثر في عصر الصحابة أن تولت امرأة القضاء قط.

4. من المعقول:

أ) أن القضاء كالإمامة العظمى بجامع الولاية بينهم، فإذا كان لا يجوز تولي المرأة الإمامة العظمى، فإنه كذلك لا يجوز توليها ولاية القضاء.

(ب) أن ولاية القضاء للمرأة تستدعي أن تختلط المرأة مع الرجال، وتجلس في مجالس الخصوم، والانفراد ببعض الخصوم، وهذا غير مشروع، فكما قال صلى الله عليه وسلم لفاطمة (المرأة خير لها ألا ترى الرجال، ولا يراها الرجال)

قال ابن قدامة في المغني:" ولا تصلح المرأة للإمامة العظمى ولا لتولية البلدان ولهذا لم يولّ صلى الله عليه وسلم امرأة ولا أحد خلفائه وليّ قاضية أو غيرها. ولو جاز ذلك لبلغنا".

فالعلة في منع المرأة من وجهة نظر الفقهاء ليس لوجود عيب أو نقص حاشا أن يقول أحد ذلك فالتشريع أكرمها، وأرجع الفقهاء المنع إلى خصوصيتها وما تتعرض له من مصاعب أثناء أحكامها، ولذلك استبعد الإسلام أن تتولى القضاء أو الحكم.

ثانيا: أدلة من يرى جواز تولية المرأة القضاء.

استدل من يرى جواز تولية المرأة القضاء مطلقاً، أو مقيداً في غير الحدود والقصاص بجملة من الأدلة ا منها:

الدليل الأول: قول الله تعالي: "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"؟

ووجه الدلالة: في عمومها فإن الخطاب في الأمر بالعدل عند الحكم موجه إلى كل من يصلح له الخطاب إلا ما دل الدليل على استثنائه.

يقول ابن حزم بعد ذكر هذه الآية: "وهذا متوجه بعمومه إلى الرجل، والمرأة، والحر، والعبد، والدين كله واحد، إلا حيث جاء النص بالفرق بين المرأة، والرجل، وبين الحر، والعبد فيستثنى حينئذ من عموم إجمال الدين".

الدليل الثاني: استدل ابن حزم بما روي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ولى الشفاء بنت عبدالله العدوية السوق.

ووجه الدلالة في هذا الأثر: أن رقابة السوق التي هي الحسبة من الولايات العامة التي يستنيب فيها أمام المسلمين أشخاصاً مؤهلين بقوة العلم والدين والخلق، وقد ذكرها ابن العربي في الولايات الشرعية، وقال: "أما ولاية الحسبة فهي محدثة؛ وأصلها أكبر الولايات، وهي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولكثرة ذلك رأى الأمراء أن يجعلوها إلى رجل يتفقدها في الأحيان من الساعات"، فإذا ثبت شرعاً صلاحية المرأة لهذه الولاية المهمة من أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه فكذلك يجوز تولية المرأة منصب القضاء.

الدليل الثالث: القياس:

1 ـ استدل من يرى تولية المرأة القضاء المقيد.

وهو مذهب الحنفية وبعض الفقهاء حيث يرون جواز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص، وهؤلاء يرون صحة قضاء المرأة في كل ما تقبل فيه شهادتها، وهي مقبولة عندهم فيما عدا الحدود والقصاص، وقد بُني هذا النظر على ما يلي:

أولاً: أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة؛ لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان أهلاً للشهادة، يكون أهلاً للقضاء، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء، والمرأة أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص، فهي أهل للقضاء في غيرهما.

ثانياً: أن الأصل قبول قضاء المرأة في كل شيء، لكن لما كانت ممنوعة من الشهادة في الحدود كانت ممنوعة من القضاء فيهما، إذ كيف تكون قاضية فيما لا تقبل فيه شهادتها؟

<u>واستدل من يرى جواز تولية المرأة القضاء مطلقاً بعدة أدلة عقلية، أوضحها ما يلي:</u>

أولاً: أن الغرض من القضاة تنفيذ الأحكام، وسماع البينة، والفصل بين الخصوم، وذلك متأت من المرأة، كتأتيه من الرجل، فلا فرق بينهما إلا كفرق ما بين الذكر والأنثى، وهذا القدر غير مؤثر. وعلى هذا فليس في المرأة وصف يحول بينها وبين فهم الحجج والفصل بين الخصوم غير أنها أنثى، والأنوثة ليست مانعاً من فهم الحجج وإصدار الحكم.

ثانياً: أن الأصل هو جواز القضاء لكل من يصلح له، لا يخرج عن هذا الأصل إلا ما دلّ الدليل الشرعي على إخراجه، والمرأة يصلح منها القضاء فيصح توليتها حينئذ، لعدم ورود الدليل على منعها من ذلك، يقول ابن رشد: "ومن رأى حكمها نافذاً في كل شيء قال: إن الأصل هو أن كل من تأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز، إلا ما خصصه الإجماع من الإمامة الكبرى".

ثالثا: القياس على الفتوى، فكما يجوز أن تتولى المرأة الإفتاء بالإجماع، فكذلك يجوز أن تتولى القضاء، والعلة الجامعة بينهما هو اشتراط وجود العلم بالأحكام في كل من المفتي والقاضي، وهذا يظهر أكثر في هذا الزمن الذي صار تنفيذ الحكم مستقلاً عن بيانه وإصداره.

<u>بناء على ما تقدم جميعه يتضح:</u>

أن مسألة تولي المرأة للقضاء من المسائل الخلافية التي تفرعت فيها أقوال الفقهاء وفقا للزوايا التي تم النظر من خلالها لهذه المسألة، وليس هناك

اتفاقا بين الفقهاء المتقدمين ولا علماء العصـــر والباحثين على قول قطعي في المسألة.

ففي حين رأى عامة فقهاء المذاهب تحريم تولي المرأة للقضـــاء فإنه من الثابت الذي لا مجال لإنكاره أو تأويله أن عددا من فقهاء الحنفية ومنهم أبو حنيفة كان يرى جواز تولي المرأة القضـــاء في غير الحدود والقصـــاص، وقضـاؤها نافذ ولا اثم عليها ولا على موليها، في حين رأى بعضـا منهم أن قضـــاؤها نافذ ويأتم موليها، بل إن هناك من الفقهاء من فتح الباب على مصراعيه ولم يقيد الإباحة بمجال من مجالات الفقه.

الشرط الثاني: الكفاية الجسيمة

وهي سـلامة الأعضــاء الأســاسـية (السـمع والبصـر والكلام)، أما بقية الأعضاء فيشترط سلامتها استحباباً (كالأيدي، والأطراف).

أولاً: سلامة البصر:

اشـترط الفقهاء أن يكون القاضــي مبصـراً، لأن غير المبصـر لا يميّز بين المدعي والمدعي عليه، وبين الشاهد والمشهود عليه، فإذا انعدم ضبطه فلا يصح أن يكون قاضياً لفوات المقصود.

وحُكي عن الجرجاني أنه روي قولاً قديماً للشــافعية:" أنه يصـــح تولية الأعمى القضاء".

والدليل: ما روي: أن النبي صـلى الله عليه وسـلم وليّ عبد الله بن أم مكتوم على المدينة وأجاب الجمهور: أن الرسـول صـلى الله عليه وسـلم إنما وليّ ابن مكتوم الصلاة بالمسلمين – وهذا الراجح – أو أنها تكون خصوصية له رضي الله عنه. أو أن الحكم قد نسخ.

واستدل الجرجاني أيضـاً: بأن نبي الله شـعيباً عليه السـلام كان أعمى وكان يقضي بين الناس

ورد الجمهور: بأنه لم يثبت ذلك، بل إن الأنبياء هم صفوة الخلق، ونقوا من النقائص والمعائب، فهذه النواقص قد تقلل من قيمة الشـــخص، وحاشـــا الأنبياء ذلك،

وعلى فرض صـــحة الرواية هذه، فإنه يرد على ذلك: بأن شـــعيباً كان من آمن معـه أمـة قليلـة، فلا يحتـاجون إلى حكم بينهم لقلـة المنـازعـات والمرافعات.

ثانياً: سلامة السمع والنطق

فلا يجوز أن يتولى القضـاء الأصـم والأبكم، لكي يعرف أقوال الخصـوم، وكذلك لكي يصدر الأحكام.

الشرط الثالث: العدالة

والمقصود بها:" أن يستوي الشخص في أفعاله".

وعرف الحنابلة العدالة لغة: التوسط.

واصـــطلاحاً: ملكة في النفس تمنع صـــاحبها من ارتكاب الكبائر والرذائل وتؤدي بالشخص إلى فعل ما يزيّنه وترك ما يشيّنه.

وخالف الجمهور في اشـــتراط العدالة الحنفية وبعض المالكية، حيث جعلوا العدالة شرط جواز لا شرط صحة.

فإذا تولى الفاسق القضـاء أثم موليه، وصـح حكمه ودعم الحنفية قولهم حيث قال الكاسـاني:" إن العدالة عندنا ليسـت بشـرط لجواز التقليد، ولكن يجوز تقليد الفاسـق، وتنفيذ قضـايـاه، إلا إذا تجاوز حد الشـرع، فعند ذلك لا ينفّذ حكمه"

والشافعية عندهم أنه لا يصح تولية الفاسق القضاء، لأن الفاسق عندهم ليس أهلاً للشهادة، فقالوا: حكمه لا ينفذ وكذا الحنابلة في القول الراجح عندهم.

فالراجح قول الجمهور. فلم يؤثر عن الرسـول صـلى الله عليه وسـلم ولا صـحابته أنهم ولّوا أحداً غير عادلاً والرسـول يقول" من غشـنا فليس منا "فكيف يكون قاضياً.

الشرط الرابع: الاجتهاد

الاجتهاد في اللغة: هو بذل الجهد واسـتفراغ الوسـع للحصـول على حكم معين.

وفي الاصطلاح: هو أهلية القاضي لاستنباط الأحكام الشرعية من مصادر التشريع الإسلامي

شروط الاجتهاد

1.أن يكون عالماً بالكتاب: أما علمه بالكتاب أن يعلم آيات الكتاب، وأحكامه، وناسخه ومنسوخه، ومطلقه ومقيده، ومجمله ومفصله.

2. أن يكون عالماً بالسنة: أما علمه بالسنة أن يعلم كل ما يتعلق بها، ومن متواتر وآحاد، ومن مطلق ومقيد، وناسخ ومنسوخ مع الإمام بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم.

3. أن يكون عالماً بمسائل الإجماع التي اجمع عليها الصحابة، فإجماعهم على جمع القرآن وكذلك أن يكون عالماً بما يتفرع عن هذه المسائل.

4. أن يكون عالماً بالقياس، بأن يعرف طرفه، وأصله، وشروطه، ومستنده

وهل يجب أن يتوفر هذا الشرط في القاضي أم لا؟

على رأيين:

1. ذهب الجمهور: إلى أنه لا يجوز ولا يصح تولية القضاء الجاهل بالأحكام لأن الجاهل بالأحكام لا يصح له أن يفتي حتى تتوفر لديه شروط – وهي مشابهة لشروط الاجتهاد – فإذا كان لا يجوز له الإفتاء فلا يجوز له القضاء من باب أولى، واستدلوا على ذلك:

أ. قوله تعالى: (وأن أحكم بينهم بما أنزل الله)

فالله عز وجل أمر نبيه صلى الله عليه وسلم أن يحكم بين الناس بما أنزل الله، فلما توفي صلى الله عليه وسلم تعيّن الخطاب بعده في هذه الآية إلى الخلفاء والقضاة، وهو خطاب موجه لمن يعلم ما في الكتاب وهو المجتهد.

ب ـ قوله تعالى: (فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول).

قالوا: المراد في الرد إلى الله: أي إلى كتاب الله، وإلى الرسول: أي إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومن الذي يرد الناس إلى كتاب الله وإلى سنة رسوله غير المجتهد، فلا سبيل في الرد إلا عن طريق المجتهد فلا يفصل في النزاع سواه.

ج. ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:" القضاة ثلاثة: قاضي في الجنة، وقاضيان في النار، رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، وأما القاضيان اللذان في النار، فرجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم، وأما الآخر فلم يعرف الحق وإنما قضى بين الناس عن جهل"

فبين أن القاضي المجتهد في الجنة، وأما القاضي الجاهل غير المجتهد فهو في النار.

2ـ ذهب الحنفية والمالكية: إلى أنه لا يشترط في القاضي أن يكون مجتهداً، بل يجوز أن يكون مقلداً، إذ يحصل به الغرض من القضاء، كما أن المقلد يلتزم مذهباً معيناً من المذاهب المدونة، فيكون بذلك أنفى للتهمة.

ويرجح أنه يجب أن يكون القاضي من أهل الاجتهاد لأن العلوم قد دونت وجمعت، وللقاضي أن يتبحر فيها كيفما شاء.

وقال الغزالي – في الوسيط -:" لكن اجتماع هذه الشروط في القاضي متعذرة في وقتنا الحاضر لخلو العصر من المجتهد المستقل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان أو ذو شوكة، وإن كان جاهلاً حتى لا تعطل مصالح الناس".

مع تقدم الزمان وتطور المفاهيم، استجد عند المعاصرين شروط أخرى متفاوتة لتعيين القاضي، ولا شك أن تفاوت هذه الشروط نتج عن اجتهادات شخصية أولا، وعن استدراك من اللاحق على السابق ثانيا، فقد يعرض لبعض اللاحقين أن يرى لزوم إضافة شرط بحسب اجتهاد متجدد، وقد يرى بعضهم إلغاء شرط قديم بعد أن يستقر لديه أنه غير لازم لأي علة يراها.

وفي نظام القضاء السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ 87 في تاريخ 19/ 9/ 1428هـ شروط نظامية لم يتعرض لأغلبها الفقهاء الأوائل، وذلك في الفصل من الباب الرابع: تعيين القضاة وترقيتهم وتفصيله على النحو التالي: يشترط فيمن يتولى القضاء بالمملكة الشروط المنصوص عليها في المادة (31) من نظام القضاء وهي:

ـ أن يكون سعودي الجنسية. ب ـ أن يكون حسن السيرة والسلوك.

ج ـ أن يكون متمتعا بالأهلية الكاملة للقضاء حسبما نص عليه شرعا.

د ــ أن يكون حاصلا على شهادة إحدى كليات الشريعة في المملكة العربية السعودية أو شهادة أخرى معادلة لها؛ بشرط أن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان خاص تعده وزارة العدل، ويجوز في حالة الضرورة تعيين من اشتهر بالعلم والمعرفة من غير الحاصلين على الشهادة المطلوبة.

هـــ ــــ ألا يقل عمره عن 40 سنة؛ إذا كان تعيينه في درجة قاضي تمييز، وعن 22 سنة؛ إذا كان تعيينه في درجات السلك القضائي الأخرى.

وألا يكون قد حكم عليه بحد أو تعزير، أو في جرم مخل بالشرف، أو صدر بحقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة، ولو كان قد رد إليه اعتباره."

فمن الأمور المستحدثة في عصرنا:

1- شرط المواطنة وهو أن يكون القاضي حاملا للجنسية السعودية.

2- شرط الحصول على الشهادة الجامعية لمن لم يعرف بالعلم.

3- تحديد سن معين للدخول في القضاء.

إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين أو برأي معين

إذا جاز للإمام تعيين القاضي المقلد غير المجتهد لوظيفة القضاء للضرورة، فهل يجوز لولي الأمر تقييد القضاة المقلدين المعينين بمذهب معين بحيث لا يحكمه إلا بموجبه؟

الظاهر في هذا الأمر الجواز، فيجوز لولي الأمر أن يختار مذهبا معينا ويلزم القضاة باتباعه في قضائهم، فقد جاء أن سحنون الفقيه المالكي أنه ولى رجلا القضاء وشرط عليه أن يتبع مذهب أهل المدينة، وسحنون فقيه من قدماء فقهاء المذهب المالكي، وعمله هذا يستأنس به في مسألتنا هذه، ولا يقال قد يوجد قضاة مجتهدون فكيف يصح إلزام الجميع بما فيهم القضاة المجتهدون بمذهب معين؟ والجواب أن الغالب على القضاة التقليد، وأن وجود المجتهد فيهم شيء نادر جدا والعبرة دائما للغالب لا للنادر.

ثم إن مقتضيات المصلحة العامة المشروعة واستقرار الأحكام ووحدتها في الدولة وإبعاد القضاة عن مواطن الاتهام بالميل إلى أحد الخصوم وجعل القضاء يسير على نهج منظم معروف للخصوم وللناس كل هذا ونحوه يرجح القول بجواز تقييد ولي الأمر للقضاة بمذهب معين وهذا ما كان

يجري في زمن الدولة العثمانية، وهي دولة كانت تســـير وفق المذهب الحنفي الذي اتخذته مذهبا رســـميا لها وقننت بعض أحكام هذا المذهب في مسـائل المعاملات وجعلت التقنين قانونها المدني الذي سـمته مجلة الأحكام العدلية.

وقد كانت الدولة العثمانية تلزم القضاة بالأخذ بالفقه الحنفي في سائر أقطار الدولة.

وجعل القضـــاء يســير على نهج منظم معروف للخصــوم وللناس كل هذا ونحوه يرجح القول بجواز تقييد ولي الأمر للقضـــاة بمذهب معين وهذا ما كان يجري في زمن الدولة العثمانية، وهي دولة كانت تســير وفق المذهب الحنفي الذي اتخذته مذهبا رســـميا لها وقننت بعض أحكام هذا المذهب في مسـائل المعاملات وجعلت التقنين قانونها المدني الذي سـمته مجلة الأحكام العدلية.

وقد كانت الدولة العثمانية تلزم القضاة بالأخذ بالفقه الحنفي في سائر أقطار الدولة.